



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XX - N° 824

Bogotá, D. C., viernes, 4 de noviembre de 2011

EDICIÓN DE 16 PÁGINAS

DIRECTORES:

EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariassenado.gov.co

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 33 DE 2011 SENADO

*por la cual se adiciona la Ley 599 de 2000
o Código Penal.*

**ACUMULADO CON LOS PROYECTOS DE
LEY NÚMEROS 03 DE 2011 SENADO, NÚME-
RO 43 DE 2011 SENADO, NÚMERO 44 DE 2011
SENADO Y NÚMERO 130 DE 2011 SENADO**

Doctor
LUIS FERNANDO VELASCO CHÁVEZ
Presidente
Comisión Primera Constitucional
Senado de la República
Ciudad

En cumplimiento del honroso encargo que me hiciera, en compañía de otros Senadores, la Mesa Directiva de la Comisión Primera del Senado, y de conformidad con la Ley 5ª de 1992, me permito rendir ponencia individual para primer debate al **Proyecto de ley número 33 de 2011 Senado**, por la cual se adiciona la Ley 599 de 2000 o Código Penal, acumulado con los Proyectos de ley número 03 de 2011 Senado, número 43 de 2011 Senado, número 44 de 2011 Senado y número 130 de 2011 Senado.

I. Conveniencia de acumular los proyectos

Dejando constancia de que el Consejo Superior de Política Criminal dejó de rendir el concepto que se le había solicitado en punto de la conveniencia de las modificaciones penales propuestas, me permito señalar la **conveniencia de acumular** para tramitar como un solo proyecto de ley, los Proyectos de ley números 03, 33, 43, 44 y 130 de 2011 Senado respectivamente, toda vez que hay **unidad de materia**, pues se refieren a modificaciones al Código Penal, pues crean tipos penales, algunos aparentemente

nuevos, con sujetos activos y pasivos calificados, se hacen descripciones de conductas típicas y se señalan penas, unas afflictivas de la libertad y otras del patrimonio, agravadas. De la misma manera, se modifica la prescripción actualmente contemplada para el **delito de genocidio** y por último, el Proyecto de ley número 130 de 2011 Senado, plantea la descriminalización y consecuente despenalización de la denominada “dosis personal” de sustancias que producen dependencia.

II. Descripción de los proyectos

1. Proyecto de ley número 03 de 2011 Senado

Se ocupa del “*derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser criados, cuidados y formados sin ningún tipo de maltrato*”, proponiendo modificar los Códigos de Infancia y Adolescencia, Penal y Civil, en cuanto tocan este punto. Nos ocupamos aquí de las modificaciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), lo que se hace de la siguiente forma:

1. Se adiciona a la Ley 599 de 2000, en su Libro II Parte Especial “De los delitos en particular”, en el Título I “Delitos contra la Vida y la Integridad Personal”, un **Capítulo 9º** con el nombre “**Del maltrato a los niños, niñas y adolescentes**”, con 13 artículos, entre tipos penales y circunstancias modificatorias de las penas, todas ellas agravantes. Ninguna atenuante.

2. Como tipos penales nuevos se proponen los siguientes: “**Maltrato a los niños, niñas y adolescentes** (artículo 134A), con un **parágrafo**, que explica el significado de las acciones que se propone penalizar.

3. Prácticamente todas las acciones típicas que se describen **ya existen**. En concreto corresponden al delito de **lesiones personales**, que se clasifican y separan por su resultado lesivo. Así, el evento de “**incapacidad por maltrato**” (artículo 134B) corresponde al tipo básico de “*incapacidad para trabajar o enfermedad*”, para el que se propone modificar el **término de incapacidad médica** así:

a) Tipo original: Incapacidad de hasta 30 días, sancionado con prisión de 1 a 2 años y sin accesoria de multa; **tipo modificado**: incapacidad mínima de 5 días, sancionada con 2 a 4 años + multa de 1 a 5 smlmv;

b) Tipo original: Incapacidad de más de 30 días y menos de 90, sancionada con prisión de 1 a 3 años + multa de 5 a 10 smlmv; **tipo modificado**: incapacidad de + de 5 y hasta 30 días, prisión de 3 a 6 años + multa de 5 a 10 smlmv;

c) Tipo original: Incapacidad de + 90 días sancionada con prisión de 2 a 5 años + multa de 10 a 20 smlmv; tipo **modificado**: incapacidad de + 30 días, prisión de 5 a 7 años + multa de 10 a 20 smlmv.

4. El tipo nuevo **“deformidad física”** (artículo 134C), corresponde al original del artículo 113 del C. P., “lesiones personales con deformidad física”, si es **transitoria** tiene prisión de 1 a 6 años + multa de 15 a 25 smlmv, en el **nuevo tipo** la prisión va de 2 a 6 años + multa de 20 a 25 smlmv; si es **permanente**, en el original se sanciona con prisión de 2 a 7 años + multa de 26 a 36 smlmv y en el **nuevo**, con prisión de 4 a 8 años + multa de 26 a 36 smlmv.

5. El tipo **“perturbación funcional de órgano o miembro”** (artículo 134D) corresponde al contemplado en el artículo 114 del C. P. Si es **transitoria**, se sanciona con prisión de 2 a 7 años + multa de 15 a 25 smlmv, actualmente; y en el **nuevo tipo** se incrementa la prisión en el mínimo, o sea, 4 a 7 años + multa de 36 a 40 smlmv; si es **permanente**, el original tiene 3 a 8 años de prisión + 26 a 36 smlmv de multa y el **nuevo** se incrementan mínimo y máximo de prisión, 5 a 9 años + 40 a 50 smlmv.

6. La conducta de **“perturbación psíquica”** (artículo 134E) corresponde a la original del mismo nombre (artículo 115 del C. P.) sancionada con prisión de 2 a 7 años + multa de 26 a 40 smlmv si es **transitoria**, en el **nuevo tipo** se incrementa la máxima, 2 a 8 años + multa de 26 a 40 smlmv. Si es **permanente**, de 3 a 9 años de prisión + multa de 27 a 50 smlmv, que tiene el original, pasa a tener prisión de 3 a 10 años + multa de 27 a 50 smlmv, o sea, se incrementa la máxima.

7. La **“pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro”** (artículo 134F) corresponde al del mismo nombre (artículo 116). En el tipo original, si la **pérdida es funcional**, tiene prisión de 6 a 10 años + multa de 25 a 100 smlmv; en el **tipo nuevo** se incrementa la máxima a 12 años de prisión + multa de 25 a 100 smlmv; si la **pérdida es anatómica**, la prisión de 6 a 10 años + multa de 25 a 100 smlmv del tipo original, se incrementa en la 1/3 parte; y en el **tipo nuevo**, la prisión mueve el máximo de 6 a 12 años + la multa de 25 a 100 smlmv igual al básico. Se incrementa igualmente en 1/3 parte.

8. El tipo **“parto o aborto preterintencional”** (artículo 134H) corresponde a su igual del artículo 118 del C. P., con la diferencia de que el tipo básico se refiere a **“una mujer”** y en el **nuevo tipo** el sujeto pasivo es **“una niña o adolescente”**; en ambas legislaciones las penas impondibles según los artículos precedentes se **aumentarán de una tercera parte a la mitad**.

9. Para el comportamiento de **“maltrato infantil culposo”** (artículo 134J), se señala “la respectiva pena” **disminuida de las 4/5 a las 3/4 partes** “de los artículos anteriores”.

10. El proyecto trae un artículo 134G denominado **“unidad punitiva”**, que establece que cuando con la misma conducta se produzcan varios resultados, se impondrá la pena correspondiente al de mayor gravedad. Corresponde al art. 117 original. Los artículos 134 I y K establecen como circunstancias de **agravación punitiva** las contempladas en el artículo 104 del Código Penal (para el homicidio).

1. El artículo 10 del proyecto establece la **Vigencia**, indicando que “la presente ley rige a partir de su **publicación** y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

2. Proyecto de ley número 33 de 2011 Senado

Busca sancionar algunos comportamientos cometidos contra los **Adultos Mayores de 60 años**, modificando el Código Penal, de la siguiente forma:

1. Como calificante del sujeto pasivo de los tipos penales que se proponen, se señala la condición de que la persona sea **“mayor de 60 años”**.

2. Se adicionan como conductas punibles las siguientes: **“maltrato físico”** (artículo 230B) que se sanciona con prisión de 16 a 32 meses y multa; **“maltrato emocional o psicológico”** (artículo 230C) sancionada con **arresto** de 6 a 8 meses y multa; **“maltrato por descuido, negligencia o abandono”** (artículo 230D) sancionado con **arresto** de 8 a 12 meses y multa; **“maltrato económico, financiero y patrimonial”** (artículo 230E), que se sanciona con prisión de 24 a 32 meses y multa.

3. El artículo 230D contiene un **parágrafo** referido al abandono de persona mayor **“por parte de la institución a la que le corresponde su cuidado”**, que se sanciona con cancelación de permisos, conceptos favorables de funcionamiento o autorizaciones de funcionamiento + multa, y atribuye al juez penal la valoración, con el referente del sistema de calidad y los estándares de promoción y protección social de personas mayores de edad.

4. El artículo 230D inciso 2º contiene circunstancias de agravación para el **arresto**, que contempla, **en el doble**, para el “cuidador, tutor, guardador” que deje de proveer de los cuidados al adulto mayor, a sabiendas de que por sí mismo no puede proveérselos. El artículo 230E agrava la pena de prisión “en la mitad”, cuando el adulto mayor haya sido inducido a firmar documentos como testamentos o autorizaciones.

5. Finalmente, tiene un artículo 5º (nuevo, porque no tiene referencia al Código Penal), que introduce **“el arresto”** como pena principal, y establece estas condiciones: (i) sólo generará antecedente cuando haya sido **reiterada por 3 veces**; (ii) señala como lugar de cumplimiento la estación de policía del domicilio del sentenciado; (iii) crea el “arresto domiciliario” como sustitutiva, en las condiciones del artículo 38, numerales 2, 3, 4 y 5 del Código Penal.

Artículo 5º. **Vigencia**. La presente ley “rige a partir de su promulgación” y deroga las que le sean contrarias.

3. Proyecto de ley número 43 de 2011 Senado

Erige en conductas punibles algunas relacionadas con “**los niños y niñas víctimas del conflicto armado**”, así:

1. Se modifican los límites punitivos tasados en el **artículo 135 “Homicidio en persona protegida”**, incrementando la pena corporal, tanto el máximo como el mínimo; también la pena pecuniaria y la accesoria de inhabilidad. Se introduce un 2º inciso, incrementando la pena, “cuando la víctima fuese menor de edad”.

2. Se adiciona el **artículo 136, “Lesiones en persona protegida”** con un 2º inciso, incrementando la sanción (tiene varias sanciones) en la mitad”. La pena básica está dada por los delitos relacionados con las “lesiones personales”.

3. Se modifica la pena principal y las accesorias y se adiciona un párrafo al **artículo 137 “Tortura en persona protegida”**, así: La pena corporal se incrementa el mínimo en 40 meses y el máximo en 120 meses. En cuanto al párrafo –que en realidad es un 2º inciso–, incrementa la pena en la mitad, cuando la víctima sea menor de edad.

4. Se incrementan la pena principal y las accesorias para el tipo del **artículo 141 “Prostitución forzada o esclavitud sexual”**. No tiene inhabilidad, ni antes, ni en el proyecto. Se agrega un 2º inciso –el proyecto lo llama párrafo, pero no lo es–, que agrava la pena “en la mitad”, si la **víctima es menor de edad**.

5. Se incrementan las penas principales y accesorias señaladas en el **artículo 146 “Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida”**, y se adiciona un 2º inciso, con agravante de pena corporal, cuando la víctima sea menor de edad.

6. Se modifica el **artículo 162 “Reclutamiento ilícito”** para el evento del reclutamiento de **menores de edad**; se introducen calificantes de la conducta ilícita eliminando la escena militar de “hostilidades y acciones armadas” –típicas del Derecho Internacional Humanitario–, y modifica los límites de la pena física.

7. **Vigencia:** la presente ley “rige a partir de su promulgación” (...).

4. Proyecto de ley número 44 de 2011 Senado

Consta de un solo artículo, que modifica el **artículo 83 del Código Penal**, cuyos incisos 2º y 3º habían sido previamente modificados así:

- el 2º inciso, modificado por el artículo 1º de la Ley 1426 de 2010, relacionado con los delitos de *genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado* que elevó la prescripción a 30 años;

- El 3º Inciso, adicionado por el artículo 1º de la Ley 1154 de 2007, que estableció en 20 años la prescripción para los delitos contra *la libertad, integridad y formación sexuales, y el delito de incesto* descrito en el artículo 237 del Código Penal (actualmente demandado ante la Corte Constitucional), cuando *la víctima sea un menor de edad, prescripción que empieza a contarse cuando el menor llega a su mayoría de edad*.

Con el nuevo proyecto se propone de nuevo modificar el inciso 2º para declarar la **imprescriptibilidad** de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad u **otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de personas protegidas**.

Vigencia. La presente ley “rige a partir de su promulgación”.

5. Proyecto de ley número 130 de 2011 Senado

El último de los proyectos para acumulación es el Proyecto de ley número 130 de 2011, que propone exclusivamente **descriminalizar** y consecuentemente **despenalizar la dosis para uso personal de sustancia que produzca dependencia**, ya que ello no está incluido en el **artículo 376** del Código Penal.

Se propone adoptar esta medida en consideración al planteamiento hecho en reciente sentencia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que reitera su propio precedente jurisprudencial, y con sustento en la Sentencia C-221 de 1994 de la Corte Constitucional (M. P.: Doctor CARLOS GAVIRIA DÍAZ), la Corte insiste en que el consumo de estupefacientes no puede ser penalizado, ni siquiera por virtud de la expedición de la Ley 1453 de 2011 y el Acto Legislativo número 02 de 2009.

La modificación propuesta consiste en la intercalación en el texto del artículo 376 que se describe la conducta punible, la frase “**salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal**”, al cuerpo del mencionado 376, para que quede así:

“**Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.** El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas incurrirá en...”.

Vigencia: La presente ley “Rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”.

III. Evaluación de los proyectos presentados

En las exposiciones de motivos de los Proyectos de ley números **03, 33 y 43** se establece la necesidad de consagrar nuevos tipos penales o incrementar las penas, partiendo de la necesidad de: (i) “*proteger los derechos*” de los “**los niños, niñas y adolescentes a ser criados, cuidados y formados sin ningún tipo de maltrato**”; (ii) de los “**Niños, niñas y adolescentes víctimas del conflicto armado**”, (iii) de los “**Adultos mayores de 60 años**”, necesidad de protección que compartimos plenamente, pues conforme con nuestra Constitución Política, esas personas constituyen segmentos de población que merecen especial atención y protección por su vulnerabilidad, especialmente los **niños**, cuyos derechos son prevalentes frente a los de los demás.

El Proyecto de ley **número 44 de 2011** no refiere un propósito justificante especial, limitándose a explicar que se busca “**eliminar la prescripción de la acción penal contra (sic) las conductas puni-**

bles de genocidio, crímenes de lesa humanidad u otros actos inhumanos”, permitiendo deducir, que se trata de **adecuar la legislación penal** al compromiso internacional contraído con la suscripción por parte de Colombia, de los 4 Convenios de Ginebra y sus 2 Protocolos Adicionales, pues los artículos comunes a ellos (1º y 3º) prevén el compromiso de las Altas Partes contratantes, de

“tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente”.

Y en ese ‘artículo siguiente’, que corresponde a los artículos **50 del Convenio I, 51 del Convenio II, 130 del Convenio III y 147 del Convenio IV de Ginebra**, se explica que:

*“Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”*¹.

1. Consideraciones generales en torno al derecho penal

Si bien es fácil comprender a cabalidad la vulnerabilidad de las personas de que se ocupan los proyectos cuya acumulación se ha ordenado, lo que no es tan fácil de entender es cómo con el derecho penal se va a *proteger*², *garantizar*³ o *resguardar*⁴ —o sinónimo de esto— algún derecho, pues el derecho penal actúa siempre con posterioridad a la comisión de un comportamiento lesivo (para el bien jurídico tutelado) elevado a la condición de delito y por tanto, sancionable. Acudimos, para hacer más clara la idea, a un aforismo popular entre los penalistas, que dice que “los fiscales y los jueces penales actúan le-

yendo “el periódico de ayer”, para significar que el derecho penal no es preventivo ni pedagógico, sino meramente sancionador, y que por tanto, su razón de ser se satisface con la imposición del castigo, consistentes principalmente en pena aflictiva de la libertad, y accesoriamente, restrictiva de otros derechos fundamentales o no, del sujeto activo de la conducta punible.

No debe confundirse la función del derecho penal, con la función de “*prevención general y especial*” que entre otras cumple la pena, ni tampoco con la obligación de proporcionar “*justicia, verdad y reparación*” que debe cumplir el proceso penal frente a la víctimas, pues el derecho penal solo puede aspirar a convertirse en amenaza de que el Estado despliegue todo su poder sancionador, imponiendo una pena al inconforme con el sistema jurídico, que encuadre su comportamiento en las normas recogidas por el Código Penal, y cumplida la conducta, con sancionarla.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia, tengan claro como línea pedagógica e interpretativa, que el derecho penal debe ser la *última ratio* y entrar a actuar cuando todas las formas de control social formal e informal, fracasaron, visión que replica la del derecho internacional, preocupado sistemáticamente por consagrar garantías esenciales y universales para quienes soportan el poder represor del Estado, para que su poder sancionador no se deslegitime pisoteando al ser humano, pues no se trata de exterminarlo, sino de aconductarlo y evitar que haga nuevos daños a la sociedad.

Y es que la intervención del derecho penal no remedia males, no previene, ni garantiza; se satisface secundariamente con amenazar y primariamente con reprimir a quien desafía el sistema normativo imperante, sancionándolo con la privación o la limitación de derechos y garantías reconocidas a todas las personas, pero deja a su paso, inevitablemente, otras víctimas indirectas, ya no de la conducta delictiva sino de la aplicación de la sanción por parte del Estado.

Lo anterior sirve para convocar a la más amplia reflexión sobre la privación de libertad, pues pocas veces se piensa en el daño colateral que el sistema penal produce. De hecho, cuando una persona es privada de su libertad, se castiga no solo al ciudadano inconforme sino a su familia, porque afecta profundamente su entorno familiar y social pues deja de concurrir a la satisfacción del mínimo vital de su familia; desampara y lesiona el cuidado de sus descendientes o ascendientes, rompe la unidad del núcleo familiar al que se le imponen unas carencias vitales y unas cargas adicionales, pues el etiquetamiento no solo toca al sancionado sino a toda su familia, que nada ha hecho para merecer el castigo.

Adicionalmente, es una carga económica bien pesada para el Estado: muestra de ello es el hacinamiento carcelario, la carencia de mecanismos de readaptación a la vida social, la ausencia del cumplimiento de la función resocializadora y readaptadora de la pena, tan conocidas, que nos limitamos solo a mencionarlas.

¹ COMPILACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. ISBN 958-96929-0-7. Bogotá, marzo de 2001

² DRAE (22ª. Edición, 2001).- **Proteger**. (Del lat. *protégere*). 1. tr. Amparar, favorecer, defender. 2. tr. Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándole, etc. U.t.c.pnml.

³ DRAE (23ª. Edición, 2001).- **Garantizar**: dar Garantía. **Garantía**. (De *garante*). 1. f. Efecto de afianzar lo estipulado. 2. f. Fianza, prenda. 3. f. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. 4. f. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo. *Lo hizo con la garantía de que no se producirán complicaciones*. 5. f. Compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería. 6. f. Documento que garantiza este compromiso. ~s **constitucionales**. 1. f. pl. Derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos. **de** ~, o **de** ~s. 1. locs. adjs. Que ofrece confianza.

⁴ DRAE (22ª. Edición, 2001).- **Resguardar**. 1. tr. **defender** (amparar). 2. pnml. Cautelarse, precaverse o prevenirse contra un daño.

En síntesis, deseamos dejar en claro que entendiendo que el monopolio de la justicia corresponde al Estado; que no hay otra forma diferente de sancionar que se avenga a los postulados del derecho internacional de los derechos humanos que la aplicación de la pena privativa de la libertad (y las penas accesorias), y que el uso del derecho penal es un **mal necesario**, debemos concluir que como mal que es, su aplicación debe ser en extremo cautelosa, y solo cuando fundadamente se evidencie que no hay más remedio. Es decir: mientras no aparezca algo mejor, no puede sustituirse el Derecho Penal, como lo expresó luminosamente HANS SCHULTZ, “*la pena no es un problema metafísico ni una realización moral sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas*”⁵.

2. Consideraciones frente a la tasación judicial de las sanciones y la concesión de subrogados penales. (Proyectos de ley números 03, 33 y 43)

Lo primero que debe advertirse, es que la técnica legislativa en materia penal, debe guardar una absoluta coherencia, tanto en la dosificación punitiva como en las circunstancias modificadoras de los límites de la pena (sean agravantes o atenuantes), y entre estas y los principios rectores del Código Penal, que son de obligatorio acatamiento y cumplimiento —como que se derivan de principios generales universales del derecho (al menos del derecho occidental), y de la propia Constitución Política— para efectos de la imposición final de la pena, que se rige por las reglas establecidas en los artículos 60, 61 y 62 del Código Penal, de la siguiente manera:

“**Artículo 60.** Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, esta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.

2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, esta se aplicará al máximo de la infracción básica.

3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, esta se aplicará al mínimo de la infracción básica.

4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica”.

“**Artículo 61.** Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias

de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa.

“**Artículo 62.** Las **circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal** que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido.

Las **circunstancias agravantes o atenuantes de índole material** que concurren en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible”.

Así, establecer una “**Unidad punitiva**”⁶, en realidad es una disposición inocua (aunque está establecida en el Código Penal antes del proyecto), porque en aplicación de los **principios de especialidad y subsunción**, y de los **parámetros para la individualización de la pena**, los operadores judiciales penales siempre aplicarán para el concurso y la conexidad, la pena señalada para el tipo penal de mayor gravedad que es el de mayor sanción, con los incrementos punitivos y las diminuciones a los que hubiere lugar. Ello, porque nuestro derecho penal tiene por principio la “acumulación jurídica de penas” y no la “acumulación aritmética” que funciona en el derecho penal anglosajón.

Así dice el artículo 31 del Código Penal:

“**Artículo 31. Concurso de conductas punibles.**

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

⁵ Citado por CLAUS ROXIN, “Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Ed. Reus S. A., pág. 98.

⁶ Artículo 134G del Proyecto de ley número 03 de 2011, que reproduce el texto del artículo 117 del Código Penal.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo **aumentada en una tercera parte**".

3. Vigencia de la ley penal (Proyectos de ley números 03, 33, 43, 44 y 130 de 2011)

En forma deliberada reprodujimos el último artículo de cada una de las 5 propuestas de modificación al Código Penal, porque es común a todas que la vigencia se señale **"a partir de su promulgación, o a partir de su publicación"**, olvidando que cuando se trata de derecho punitivo, la modificación de la ley penal con la consagración de nuevos tipos penales y/o con incrementos punitivos (ley restrictiva o desfavorable), no puede sorprender al ciudadano haciendo que un comportamiento que ayer no era delito amanezca siéndolo, o que siéndolo, se agrave sin que tenga conocimiento de ello. Más aún: en esta forma, tanto la imputación objetiva como la subjetiva en el proceso penal serían inviables, porque el conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento es clave y determinante para la estructuración de la culpabilidad y esta es presupuesto de punibilidad.

De ahí que, el artículo 32-11 establezca que *no habrá lugar a responsabilidad penal* cuando "Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta." Esto quiere decir que cuando la persona no sabe que un comportamiento es delito, es un imposible jurídico cometerlo.

Por ello se aconseja que las leyes penales **"restrictivas o desfavorables"**, entren a regir en un tiempo prudencial que el Legislador debe señalar, que servirá para que los ciudadanos se enteren de la conducta convertida en delito y de las sanciones que apareja, o del agravamiento de la descripción o de la sanción para un comportamiento ya erigido en punible, o antes de que la ley entre en vigencia. Hasta la promulgación del Código Penal del 2000, —que entró a regir un año después— siempre se hizo de esta manera. Lastimosamente, el legislador no ha mantenido esa línea de respeto por las personas a las que la ley va dirigida, o sea a todas, dando lugar a la aplicación del principio de favorabilidad por tránsito de leyes en el tiempo.

Cabe en cambio, la reflexión contraria respecto del Proyecto de ley número 130 de 2011 que propone **descriminalizar y por tanto, despenalizar** las acciones de *"introducir al país, así sea en tránsito, o sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir,*

financiar o suministrar a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas", respecto del cual **si es perfectamente lógico** que por ser "ley permisiva o favorable", entre en vigor el mismo día de su promulgación, entre otras cosas, porque para despenalizar un comportamiento no se requiere que el ciudadano esté enterado, porque oficiosamente lo aplicará la autoridad judicial.

Esto se aviene a la previsión constitucional del 3^{er} inciso del artículo 29 superior que consagra el principio de favorabilidad, en los términos siguientes:

"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

4. La responsabilidad penal de las organizaciones (Proyecto de ley número 03 de 2011 Senado)

El Proyecto de ley número 33 de 2011, se ocupa de establecer sanciones para quienes maltratan a los viejos.

Lo primero que debe decirse, es que el límite de edad fijado en el proyecto aludido, no es el límite de la vida laboral de las personas, ni el de retiro forzoso. En el mundo laboral son muchísimas las personas de 60 años, que están activas, y son auto-suficientes, llenas de responsabilidades y para nada desvalidas. Consideramos que el límite etario fijado en el proyecto se eleve cuando menos a los 70 años, o simplemente remitirnos al Capítulo VI del Título I del Código Penal sobre el **"Abandono de niños y personas desvalidas"** que considera **la especial situación de desvalimiento**, con independencia de etario determinario, porque no necesariamente el silogismo de que mayor de 60 años = persona desvalida, funciona. En suma, puede haber desvalimiento a edad menor de la indicada en el proyecto, o no puede haberlo, incluso a edades muy superiores a la indicada.

Llama la atención el **parágrafo del artículo 230D**, que se refiere al abandono de la persona mayor **"por la institución a la que le corresponde su cuidado por haberlo asumido"**, para señalar que esto causará cancelación de permisos, conceptos favorables o autorización de funcionamiento más multas.

Esta figura administrativa que se propone incrustar en el Código Penal que solamente trata responsabilidades **personales** (solamente transferibles por la vía de la comunicabilidad de circunstancias entre los copartícipes de la conducta punible), nos parece inviable dentro de un proyecto de reforma penal.

Y es que si se incluye en el Código Penal una disposición como esta, estaríamos hablando de la **responsabilidad penal de las organizaciones**⁷,

⁷ DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, citado por BUCHELI ESPINOSA, MARÍA CRISTINA en "La Responsabilidad de los Altos Servidores del Estado aforados en Investigación y Juzgamiento al Congreso de la República". (En preparación). 2011.

cuestión que reviste grandes dificultades, al menos entre nosotros, herederos del derecho penal de la Ilustración –que incluso inspira nuestro constitucionalismo–, y en el cual, la sanción penal requiere de un individuo que cometa una conducta punible con conciencia de su antijuridicidad y bajo cualquier forma de culpabilidad (dolo, culpa o preterintención).

Esta figura podría ser posible en el marco del derecho penal anglosajón, pero aún entre ellos el asunto no es fácil, porque, bien todos los actos de una organización son en últimas imputables a un individuo, o porque los actos de la persona jurídica no pueden ser imputados a una persona concreta. Los principios de **especialidad y de rutina** que rigen a las organizaciones, son en concreto, los que dificultan la imputación penal, pues la especialidad impide que los miembros de la organización, incluso siendo directivos, posean toda la información relevante para evitar que se cometan conductas delictivas; y la rutina –que sirve para estandarizar procesos y métodos de trabajo– conduce a la ignorancia de los riesgos inherentes a esos mismos métodos, situación que escapa incluso al control interno de las organizaciones, ya porque nadie posee la información completa que posibilita evitar el riesgo, ya porque a nadie se le puede imputar inequívocamente la conducta ni el dolo.

Adicionalmente, las sanciones que se establecen para estas organizaciones, son ajenas a las penas establecidas en el Código Penal.

En punto de este problema concreto, sugeriríamos que las sanciones para este tipo de organizaciones quedaran en el ámbito de operación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que se ocupa de la familia, de los niños y adolescentes, y obviamente, por simple lógica, a él corresponde la vigilancia de lo que acontece con los adultos mayores y sobre todo, si son desvalidos, que perfectamente pueden ir desde las multas, hasta la cancelación de las licencias o permisos de funcionamiento, ello sin perjuicio de la responsabilidad **individual** que pueda caberle al maltratador de adultos mayores desvalidos, pero no puede ponerse al fiscal y al juez penal, una labor ajena a lo que es propio de sus funciones y cargos.

5. Clases de penas en la legislación penal colombiana. La pena de arresto y la reincidencia. (Proyecto de ley número 033 de 2011)

En vigencia del Código Penal de 1936, en Colombia existían los siguientes tipos de penas principales: presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa. Con el Código Penal de 1980, desaparecieron el **presidio**⁸ y el **confinamiento** y quedaron la **prisión, el arresto y la multa**. En el año 2000⁹, el **arresto** desapareció del Código Penal como pena

principal, para convertirse en sustitutiva para sancionar el incumplimiento del pago de la pena accesoria de multa¹⁰, y perdura como **sanción policiva** para las contravenciones en el derecho de policía. El Proyecto de ley número 33 de 2011 propone revivirlo como sanción penal, puntualizando las siguientes situaciones que de entrada, no vacilamos en calificar de contradictorias frente a la dogmática penal.

Dice el proyecto que:

1. La pena de arresto solo generará antecedente penal cuando su aplicación se derive de la sanción a una conducta penal reiterada mínimo tres (3) veces.

2. La condena deberá cumplirse en la estación de policía del domicilio del sentenciado.

3. Puede ser sustituida por arresto domiciliario salvo cuando la conducta por la que se ha sancionado sea **reiterada** o la persona mayor habite en el mismo lugar que el sujeto activo de la conducta.

Respecto del primer punto, nos preguntamos si la conducta típica que genera sanción penal es el **maltrato a un adulto mayor**, o la **reincidencia**. Si es lo primero, o sea que se maltrate a un adulto mayor desvalido, cada vez que el sujeto activo reproduzca el comportamiento tipificado cometerá el delito y se hará acreedor a la pena, y en consecuencia, en acatamiento del artículo 248 de la Constitución Política, cada sentencia judicial condenatoria constituirá antecedente judicial o contravencional, sin condicionamiento alguno.

Si lo que se penaliza es la **reincidencia**, debe tenerse en cuenta que en derecho penal, “**reincidencia**” no es lo mismo que “**reiteración**” (así en el lenguaje cotidiano sean sinónimos); porque la **reincidencia** se produce cuando la persona ha sido condenada por la comisión de un delito y vuelve a cometerlo.

Pero si la exigencia normativa es que la “**reincidencia sea por tercera vez**”, ello indica que las dos oportunidades precedentes no son delito. ¿O sí? Porque es que si algo no es delito por primera, ni por segunda vez, filosóficamente no podría serlo por tercera o cuarta vez.

Una de las condiciones para criminalizar un comportamiento, es que **lesione o ponga en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por el Estado**, y en consecuencia, basta un solo atentado o puesta en peligro (para los tipos de mera conducta) o basta que se consiga el resultado, (en los tipos de resultado) para que el delito se consume y hacerse acreedor a la sanción penal.

Este proyecto plantea adicionalmente las siguientes dificultades operacionales: ¿Cómo se lleva el registro de la comisión de las conductas típicas de maltrato al adulto mayor? ¿Quién lleva ese registro?

⁸ Con esta medida desaparecieron también los presidios, como el de la Isla Gorgona. Ello, porque el régimen de aislamiento de los reclusos era total, y atentaba contra sus Derechos Humanos.

⁹ **Artículo 34. De las penas.** Las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

¹⁰ Artículo 40 del Código Penal. “**Conversión de la multa en arrestos progresivos**”, para el evento en que el condenado no pague o amortice voluntariamente, o incumpla el sistema de plazos concedido, caso en el cual la unidad **multa**, se convierte en arresto de fin de semana, según la tabla de conversiones del código.

¿Qué clase de actuación ocasionaría el maltrato al adulto mayor desvalido, si las dos primeras veces no constituyen delito? ¿Cómo se demostraría la reincidencia, si las dos primeras veces no hay sanción?

Pero hay más: cómo se puede conciliar el hecho de que para condenar a alguien por maltrato a un mayor adulto desvalido se exija que el comportamiento típico se reitere 3 veces, si la reincidencia origina *per se* incremento punitivo porque el juez, que para dosificar la pena debe dividirla en cuartos, ya no podrá partir del primer cuarto de pena, sino del segundo o tercero, según el caso.

En cuanto al lugar de cumplimiento de la pena, el proyecto de ley determina que sea en la “*estación de policía del domicilio del sentenciado*”, por lo cual su vigilancia, escapará a las normas del código penitenciario y carcelario, e impondrá a la Policía Nacional la carga funcional y económica de construir instalaciones adecuadas para mantener privada de su libertad a la persona que cumpla el arresto, de asumir la alimentación, manutención en general, salud, aseo, etc., es decir, asumir el cubrimiento de su mínimo vital, a menos que se permita, como se hace actualmente con las personas capturadas mientras son puestas a disposición del juez, que la familia asuma su manutención, con los riesgos que genera el ingreso de personas ajenas a la institución que portan los alimentos, ropa, medicinas y demás, como ocurre en los permanentes e instalaciones de policía.

Adicionalmente, le impone a la Policía otra función que es ajena a su misión: la de ser guardiana carcelaria. Ni qué decir, cuando el recluso exija por ejemplo, su derecho a visita conyugal, porque también deberá entonces la Policía Nacional proveer las instalaciones adecuadas para garantizar la realización de este derecho al recluso. Francamente nos parece que estas medidas punitivas son de imposible realización por su altísima inconveniencia, a menos que quiera terminarse con la coherencia del Código Penal.

Frente al problema de la sustitución del arresto intramural por el domiciliario que el proyecto condiciona “*a que la conducta por la que se ha sancionado no sea reiterada o la persona mayor habite en el mismo lugar que el sujeto activo de la conducta*”. La segunda de las hipótesis, no tiene discusión, porque sería absurdo ubicar al sentenciado en el mismo hogar que su víctima, por razones obvias; pero la primera excepción para no sustituir el arresto intracarcelario por domiciliario, que es que la conducta “no sea reiterada”, es incoherente, porque en este proyecto, la **reincidencia** es presupuesto expreso de punibilidad y por tanto, de condena.

Por todo lo anterior, sugerimos que en la medida de lo posible, se lleve este tema como **contravención** al Código Nacional de Policía, o se manejen las sanciones partiendo de los tipos penales existentes, si se quiere, agregando elementos cualificadores de la condición de la víctima; que se cambie la edad de “60 años” que *per se* ni produce ni sugiere desvalimiento, (máxime si se tiene en cuenta que está proponiéndose en la actualidad, por ejemplo: que la edad de retiro forzoso se señale en 70 años; que se

suba la edad para pensionarse que en este momento es superior a 60 años para hombres y 57 para mujeres, que una persona de 60 años puede obtener licencia para conducir, etc.), por la **condición de que la persona sea “adulto mayor desvalido”**, si se quiere, como agravante punitivo de la conducta básica, para no romper la coherencia de la dogmática penal.

Finalmente, queremos de nuevo que se piense que los códigos más extensos, que acuden a la mayor casuística posible, son los menos eficaces, porque ello produce un verdadero caos en la dogmática penal y los operadores judiciales (jueces y fiscales) encargados de su aplicación se pierden en la maraña de normas, en la consideración de circunstancias diferentes y demasiado variadas, para finalmente resolver la imputación acudiendo a los principios rectores y a los principios generales universales del derecho penal, –que reiteramos, son obligatorios–, causando en la gente la sensación de impunidad –que en realidad no la hay–, o de tolerancia de los operadores judiciales con los delincuentes.

6. La denominación de niños y niñas separadamente y en ese orden, y la descripción que se hace en el párrafo del artículo 134A del Proyecto de ley número 03 de 2011 Senado

Conforme con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua –DRAE–, cuando se habla de “**niños**”¹¹ se incluye también a las niñas. Especialmente, se hace eco aquí, a la protesta de muchas mujeres que se oponen a que siempre que se mencionan los dos géneros, la palabra en femenino vaya después del vocablo en masculino, porque **si hombres y mujeres son iguales**, no puede nombrarse primero a unos que a otras, pero tampoco al contrario. Proponemos entonces utilizar la forma tradicional **castellana** de englobar al género masculino y al femenino en una sola palabra, es decir, volver al uso genérico del sustantivo “niños” para señalar a hombres y mujeres menores de 18 años.

Esto coincide con el artículo 2º de la Ley 704 de 2001 aprobatoria del “*Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*”, adoptado por la Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., en Ginebra, Suiza, el 17 de junio de 1999, que expresamente prevé que

“A los efectos del presente Convenio, el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años”.

Sobra así la referencia a los “adolescentes”, que finalmente son menores de 18 años.

6.1 Acerca del trabajo infantil y juvenil

Conforme con la Ley 704 de 2001, aprobatoria del “*Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*”, adoptado por la Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia Ge-

¹¹ DRAE (22ª edición).- “**niño, ña**. (De la voz infantil *nino*). 1. adj. Que está en la niñez. U. t. c. s. 2. adj. Que tiene pocos años. U. t. c. s. 3. adj. Que tiene poca experiencia. U. t. c. s. 4. adj. despect. Que obra con poca reflexión y advertencia. U. t. c. s. 5. **m. y f.** Persona que no ha pasado de la niñez. U. m. en vocat.

neral de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., Ginebra, Suiza, el 17 de junio de 1999, el trabajo infantil y juvenil **no está prohibido**; lo que se repudia son las **“peores formas de trabajo infantil”**, deduciéndose de esa expresión que hay otras formas de trabajo que son mejores o simplemente buenas. Ese mismo convenio insta a los Estados a emprender acciones inmediatas para la eliminación de tales formas de trabajo infantil –las peores–, y en lo demás, a reglamentarlo. De hecho, en Colombia **no está prohibido el trabajo infantil**, porque puede ser utilizado, aunque siempre con permiso de la autoridad competente.

De otra parte, de la lectura de los instrumentos internacionales, puede entenderse que el único trabajo infantil permitido es el que los niños hacen para ellos mismos.

Ello quiere decir que lo primero que debe hacerse, no es **criminalizar a quien utilice trabajo infantil** sino modificar el Código Sustantivo del Trabajo y el Código de Infancia y Adolescencia, **prohibiendo el trabajo infantil**, reglamentando claramente qué es lo permitido y qué es lo prohibido, y solo después de esto, podría pensarse en criminalizar a quien someta a un niño a trabajar y **se lucre de ese trabajo**.

Sin embargo de lo dicho, no hay la menor dificultad en entender por ejemplo, a la **prostitución y la pornografía infantiles**, como entre las más degradantes formas de “trabajo”, y por tanto **entre las peores**, –peor solamente podría ser la esclavitud–, sobre todo, si quienes son víctimas de ello son precisamente los infantes y/o los adolescentes.

7. **Sugerencias específicas para conciliar los propósitos de los Proyectos de ley números 03, 33 y 43.**

7.1 Proyecto de ley número 03 de 2011 Senado

Las puntualizaciones anteriores solo tienen sentido si se hacen sugerencias concretas a cada uno de los proyectos, lo que hacemos con el mayor respeto y consideración.

Creemos que la propuesta general de los nuevos tipos incluidos en el Proyecto de ley número 03 de 2011, todos referidos al **“Maltrato de Niños, Niñas y Adolescentes”**, podría solucionarse de la siguiente manera:

1. El artículo **134A** del proyecto menciona las conductas que constituyen “maltrato a los niños, niñas y adolescentes”, descritas en el **“parágrafo”**, mismas que caben en el **Título II “De los delitos contra la vida y la integridad personal”** y particularmente **en los Capítulos II y III**, que tratan respectivamente **“del homicidio”** y **“de las lesiones personales”** (en los que también los tipos descritos en los artículos **134B, C, D, E y F** del Proyecto de ley número 03). Pensamos que el objeto se cumple, si se maneja la sanción a través de incrementos punitivos para el evento de que el sujeto pasivo sea un menor de edad.

2. En cuanto a las **lesiones personales que producen incapacidad (artículo 134B, o 112 del Código Penal actual)**, se ignora la razón médico-científi-

ca para modificar los intervalos de las incapacidades –que son parámetros para la dosificación punitiva–, desconociendo que si bien es sumamente grave ocasionar una incapacidad a un niño o adolescente, su capacidad de recuperación es mayor que la de un adulto y considerablemente mayor, si la víctima es, un adulto mayor. Proponemos entonces que los intervalos que figuran en la actualidad en el Código Penal, **se queden iguales**, e incrementar como agravante la pena, usando una proporción determinada para la pena física, cuando sea un **menor** el sujeto pasivo del injusto típico.

3. El artículo **134G** establece una **“Unidad Punitiva”**, es igual a la existente en el artículo 117 del C. P. Quedaría como está.

4. El artículo **134H** corresponde íntegramente al tipo del artículo 118 **“Parto o aborto preterintencional”**, por lo que se sugiere modificar el texto en el sentido de agregar a la descripción del sujeto pasivo “mujer”, las calificantes **“niña o adolescente”** (primer inciso), para la cual proponemos un incremento de 2/3 a las 3/4 de la pena corporal, como se propone en el proyecto para el artículo 118.

5. El artículo **134i** bajo la denominación de **“Circunstancias de agravación punitiva”**, reproduce el texto del artículo **119 del Código Penal** –específico para las lesiones personales–, con dos modificaciones. Una en el primer inciso, que modifica la remisión original al **artículo 104** agregando expresamente que para la causal 2ª (que el resultado típico sea: *“para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes”*), la pena se incrementa de “1/3 parte a la 1/2”. El artículo **104** son las agravantes específicas para el homicidio; si se trata de lesiones, mediante el **artículo 119**, las penas físicas se aumentan de 1/3 parte a la 1/2, de las contempladas para cada lesión, dependiendo de incapacidad y secuelas.

En realidad, consideramos que los incrementos punitivos han sufrido tantas modificaciones¹², que, so pena de incoherencia, **deberían dejarse como están por ser suficientes**. No querríamos, bajo ningún aspecto que, por ejemplo, la pena para una lesión, con agravantes, supere la del homicidio, porque por grave que sea la lesión no puede equipararse a la pérdida de la vida.

Proponemos entonces:

- i) Ampliar el espectro del sujeto pasivo de menor de 14 años, a menor de 18 años;
- ii) Calificar el sujeto activo como “padres, representantes legales y/o cualquiera de los encargados de la custodia”, y
- iii) Ordenar que para la dosificación punitiva, el juez trate las circunstancias modificadoras de la pena dentro del cuarto superior.

6. El artículo **134J “maltrato infantil culposo”** consagra **una diminuyente** tasada en “las 4/5 a las

¹² Se modificaron mediante la Ley 1257 de 2008, artículo 26 y Ley 1426 de 2010, artículo 2º –afectaron el artículo 104– y el artículo 119 fue modificado por la Ley 1098 de 2006, artículo 200.

3/4 partes” de “los artículos anteriores”. Lo que debe entenderse por “**maltrato a los niños, niñas o adolescentes**” viene dado por la Ley 1098 de 2006, artículo 18 (Código de Infancia y Adolescencia) y consiste en “*toda forma de perjuicio, castigo físico y psicológico, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación; abandono, violencia intrafamiliar, explotación económica y laboral, y las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil*” conductas que son eminentemente intencionales, o sea, **dolosas**.

Consideramos que si ello es así, lo que genéricamente se denomina “**maltrato**”, equivale a las **lesiones personales, físicas o psíquicas** por lo cual la punibilidad debe manejarse por esos resultados.

Hay que aclarar en punto de las **lesiones culposas**, que la culpa, en términos generales nace de una de cuatro razones: *Imprevisión, Impericia, Negligencia y Violación de Reglamentos*. O lo que los romanos describían como “imprevisión de lo previsible”. En el tipo propuesto se habla de “**descuido, omisión o trato negligente**” que equivalen a las causas que permiten en nacimiento de la **culpa** sancionable penalmente. Basta entonces, con llamarla **culpa**.

Entendemos que el **Proyecto de ley número 03** busca obligar a pensar en la situación de los niños víctimas de los adultos que tienen *el deber de protegerlos, cuidarlos, educarlos o formarlos*; pero sugerimos pensar en el caso de la madre que, cocinando, a su lado, su niño voltear la sartén que contiene aceite caliente quemándose. Esa madre, podría irse a la cárcel por 3 años –dependiendo de la incapacidad y secuelas de la lesión–, y por 3 años el niño se quedaría **sin mamá**. Además, debe recordarse que los delitos en los que los niños son sujetos pasivos, no son querrelables sino oficiosamente perseguibles¹³, y por tanto, no son conciliables ni desistibles, y en esas condiciones, para iniciar el procedimiento, bastaría en el ejemplo, con que el agente de policía de las Urgencias del Hospital al que acude la madre con su niño lesionado, envíe a la Policía Judicial y esta a la Fiscalía el informe para que se inicie la actuación.

De otra parte, estimamos que no debe involucrarse aquí la “**violencia intrafamiliar**”, porque esta constituye otro tipo penal autónomo, con penas específicas para tal conducta.

El artículo **134K “circunstancias de agravación punitiva”** para la forma **culposa**, remite al **134i** del proyecto que son las circunstancias de agravación punitiva para **lesiones dolosas**, (pues son las del artículo 104, agravantes para el homicidio simple doloso). Es claro que la agravante 2ª del homicidio doloso –citada en el **134i–**, “*para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible*” no puede operar para la forma culposa. Por ejemplo: si alguien propi-

ciare una lesión culposa en un niño, para consumir otra conducta punible, la primera deja de ser culposa, porque emergería el **dolo eventual**. Luego carece de aplicabilidad para las lesiones culposas. Proponemos que se maneje conforme con el artículo 121 del Código Penal.

7.2 Proyecto de ley número 033 de 2011 Senado

1. Ya nos ocupamos expresamente en el numeral 5º del contenido de este proyecto referido a las **personas adultas mayores**, que en el proyecto se clasifican como **mayores de 60 años**. Proponemos que simplemente se haga referencia a la **persona adulta mayor desvalida**.

2. El proyecto propone un tipo penal, como **artículo 230B**, en el cual se consagren como conductas típicas punibles el “**maltratar, golpear, lesionar**” al adulto mayor desvalido, comportamientos que constituyen lesiones personales, para lo cual proponemos incluir como **agravante de lesiones personales**, cuando la conducta recaiga sobre persona adulta mayor desvalida, en el artículo 119 del Código Penal.

3. En su lugar, proponemos que el artículo **230B** recoja la conducta de “Maltrato”

4. Los verbos rectores de “**inmovilizar a la fuerza y sujetar mecánicamente**” al adulto mayor desvalido, que son sinónimos, proponemos que se traten punitivamente dentro del artículo 230, ampliando la calificación del sujeto activo contenida en el **parágrafo** del mismo artículo, a “*quienes tengan bajo su responsabilidad el cuidado o custodia de la persona adulta mayor desvalida*”.

5. Como **artículo 230B** proponemos sancionar el “**Maltrato emocional o psicológico en persona adulta mayor desvalida**” y busca penalizar a quien profiera insultos, burlas o expresiones de rechazo, amenaza de aislamiento, abandono o institucionalización, o intimide a estas personas. Se sancionará con las mismas penas del **artículo 230**.

6. Proponemos así mismo, un nuevo artículo **230C**, para el evento del “**suministro de medicamentos de prescripción médica**” sin esta, ya sea por la fuerza o engañando al **adulto mayor desvalido**, que sancione la conducta en la forma prevista en el **artículo 230**.

7. Al **artículo 127** del Código Penal, (Capítulo VI “Del abandono de niños y personas desvalidas” del Título I “Delitos contra la vida y la integridad personal”), se agregará un **segundo inciso**, para sancionar, con la pena prevista en el 1er inciso del mismo artículo, a quien teniendo el deber, descuide al adulto mayor desvalido, afectando sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación o salud.

El **artículo 230E** del Proyecto de ley número 033 titulado “**Maltrato económico, financiero y patrimonial en persona adulta mayor desvalida**”, se propone tratarlo como artículo **236A** con el título de “**Malversación y dilapidación de bienes de personas adultas mayores desvalidas**”, sancionado con pena de prisión de 2 a 4 años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensua-

¹³ **Ley 906 de 2004, Artículo 74.** (Modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 108.) **DELITOS QUE REQUIEREN QUERRELLA.** Para iniciar la acción penal será necesario querrela en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad: (...)

les vigentes. Se incluye un segundo inciso que contiene una circunstancia de agravación de “**hasta en la mitad**”, para cuando el sujeto pasivo “haya sido inducido a firmar documentos como testamentos, autorizaciones o equivalentes”.

7.3 Proyecto de ley número 043 de 2011 Senado

Referido a los NIÑOS, en tanto **personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario**, víctimas del conflicto armado.

1. El **artículo 135** del proyecto “**Homicidio en persona protegida**” propone el incremento de la pena que estaba en el rango de 30 a 40 años, a una pena de 480 a 600 meses que equivalen a 40 y 50 años como penas mínima y máxima respectivamente. El tipo ya tiene agravación de la 1/3 a la 1/2, cuando el sujeto pasivo fuere una mujer por ser mujer (o sea de 53,33 a 75 años de prisión) y se incluye ahora **una nueva agravante** para el evento de que la víctima sea **un menor de edad**, en cuyo caso la pena se agravará en la mitad (60 a 75 años).

Frente a esto, debemos hacer estas observaciones:

a) Las penas se señalan en **meses**, cuando la forma general que emplea el código para las sanciones es en **años**;

b) Se prescinde del contenido del artículo 31, y

c) Se prescinde igualmente del tenor del artículo 37, que dicen:

Artículo 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, *quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.*

(Inciso modificado, Ley 890 de 2004, artículo 1º, Vigencia: a partir de enero 1º de 2005) en ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de **sesenta (60) años**.

Artículo 37. La prisión. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. Modificado. Ley 890 de 2004, artículo 2º, vigencia: a partir de enero 1º de 2005. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso. (...)

La verdad, no entendemos cómo es posible la construcción de tipos que en su modalidad **simple** (sin agravantes), sin conexidades y sin concursos comportan penas que alcanzan el límite señalado en el mismo código en el artículo 37 –para el tipo simple–, y que en el evento de la conducta agravada, –ni siquiera concursal– la pena máxima sea de 75 años de prisión. ¿Cuál sería entonces la pena, si

además, hubiese concurso, como suele ocurrir por ejemplo en el homicidio, con porte ilegal de armas? Solo para indicar el más benigno de los tipos que concurren prácticamente en forma obligatoria.

Haremos el ejercicio con la propuesta del Proyecto de ley número 043 de 2011, del siguiente caso:

Como se trata de “**homicidio en persona protegida**”, se presume sometido al DIH (es presunción de derecho) y como tal con calidad de “combatiente”. En el caso colombiano, la calidad de combatiente solo la tienen: (i) los miembros de las Fuerzas Militares y (ii) los guerrilleros, porque los paramilitares ni otras bandas criminales tienen el reconocimiento de partes en el conflicto armado porque este, según las normas del Derecho Internacional Humanitario, se da entre **actores políticos**, así a algunos de estos se los denomine “terroristas”.

Pues bien; tomemos como sujeto activo a un guerrillero. De hecho, por ser guerrillero, está incurso ya en el **delito de rebelión (artículo 467)**, con pena de prisión de 6 a 9 años; (si dirige la rebelión la pena se agrava “hasta en la mitad” = 9 a 13.5 años); por ser guerrillero, **porta armas de uso privativo de las fuerzas militares** (por lo general, fusiles), estando incurso en este delito (**artículo 366**) sancionado con pena de 11 a 15 años para el simple (si es agravado la pena se duplica = 22 a 30 años); finalmente, el **homicidio en persona protegida**, (artículo 135) tiene pena de **480 a 600 meses** –según el proyecto 043– (40 a 50 años); agravado en la mitad, por ser cometido **sobre niño** (60 a 75 años).

Como los tres delitos anteriores se cometen **en concurso**, la pena se rige por la señalada para el delito más grave incrementada “**hasta en otro tanto**” (o sea **el doble**). Debe tenerse en cuenta que en Colombia **no puede hacerse suma aritmética de penas**, (acumulación aritmética) porque nuestro sistema acogió la **acumulación jurídica de penas**, que es discrecional del juez, quien debe tener en cuenta todas las circunstancias modificadoras de la pena, o sean las atenuantes y las agravantes, genéricas y específicas.

Hagamos entonces el ejercicio de la dosificación punitiva que correspondería:

El juez tomará la pena correspondiente al delito más grave, así:

Homicidio en persona protegida, agravado por ser niño	75 años
Porte de armas de uso privativo, simple	15 años
Rebelión simple	9 años
Total	99 años

El número real de 99 años no es aplicable, porque haría acumulación aritmética, que no opera. Entonces, tomamos la pena del delito más grave que en este caso es el homicidio en persona protegida agravado:

Pena máxima: 75 años que hay que dividirla en cuartos: $75 \div 4 = 18,75$

Como hay concurso y agravantes, solo se puede partir del cuarto superior: $18,75 \times 3 = 56,25$

(56 años 3 meses)	
Más lo que corresponde por el porte de armas	$15 \div 4 \times 3 = 11,25$
(11 años 3 meses)	
Más lo que corresponde por la rebelión	$9 \div 4 \times 3 = 6,75$
(6 años 9 meses)	
Más el aumento por el concurso	
(el doble de la más grave)	<u>56,25</u>
(56 años 3 meses)	
Total	130 años y 6 meses.

Esto, vuelve a ser suma aritmética; tomemos entonces la pena del homicidio agravado más la agravante por el concurso con los otros delitos (cuyas penas no tomamos en cuenta) y obtenemos **112,5 años**.

Pues bien; una sentencia que produjere una sanción como la que vemos, es una sentencia **ilegal**, porque viola los artículos 31 y 37 del mismo Código Penal; pero lo más relevante, es que resulta **inconstitucional**, porque trasgrede el artículo 28 de la Constitución Política que dice:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, **ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.** (Negrillas y subrayas ajenas al texto)

Y si a esto, se agrega que **solo está sujeto a pena, el mayor de edad (18 años)**, siendo condenado solo a la pena mayor, el sujeto activo **saldría de la cárcel de 93 años** (!); y si tenemos en cuenta que la **expectativa de vida en Colombia** es de **71 años** resulta que ha sido **condenado a prisión perpetua**, lo cual resulta **INCONSTITUCIONAL por violación directa del tercer inciso del artículo 28 de la Carta.**

Proponemos entonces que el tipo penal de “**homicidio en persona protegida**” se quede igual, y que únicamente **se acepte la causal de agravación punitiva cuando la víctima sea un “niño”, agregando un tercer inciso al artículo 135, en la mitad.**

2. En cuanto al **artículo 136** del Proyecto “**Lesiones en Persona Protegida**” que se remite a los tipos básicos de lesiones personales del Código Penal, agravándolos en la mitad, (en la actualidad el agravante es de 1/3 de la pena, proporción que afecta los dos extremos, mínimo y máximo). **No hay objeción de que se acoja con el agravante que se propone.**

3. El **artículo 137** del proyecto “**Tortura en persona protegida**”, incrementa la pena principal física mínima de 10 años que es la actual a 160 me-

ses (13 años 4 meses); y la máxima que actualmente es de 20 años, a “360 meses” (30 años). Se propone agravar la pena “**en la mitad**” cuando la víctima sea un niño, quedando el margen punitivo agravado en el rango de **19,66 a 45 años**. Si se tiene en cuenta que la **tortura** por horrible que sea, no es comparable al homicidio (que tiene pena máxima de 50 años), no hay proporcionalidad, y por ello creemos que la punibilidad debe quedarse como está, aceptando la agravante propuesta.

4. El **artículo 141 “Prostitución forzada o esclavitud sexual”** que actualmente tiene señalada una pena física de 10 a 18 años, se incrementa en el proyecto de “ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (324) meses”, (13 años 4 meses a 27 años). Se propone en el proyecto la misma agravante de **la mitad**, cuando se trate de niños. La reflexión hecha a propósito del artículo anterior, es la misma para este, aceptando en cambio la agravante.

5. El **artículo 146 “Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida”**, se modifica punitivamente pues el tipo actual tiene prisión de 5 a 10 años y pasa de 80 meses (6 años 7 meses) a 180 meses (15 años). La agravante es de la mitad, para el caso de que la víctima sea niño. Creemos que lo procedente es aceptar la agravante.

6. El **artículo 162**, sobre “**Reclutamiento ilícito**”, es el único que se modifica en su texto pues actualmente dice: “El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años” y en el proyecto, en lugar de “hostilidades o acciones armadas” se dice “**ya sea como combatientes, cocineros, espías, cargueros, correos humanos, estafetas, entre otras**” incurrirá en prisión “**de 15 a 25**” (sic) –se supone que son años aunque no lo dice– haciendo una clasificación que si bien, desde la óptica del Derecho Internacional Humanitario de la guerra (que es el de Viena y no el de Ginebra) es claramente sabida, pues los “cocineros, espías, cargueros, correos humanos (que es lo mismo que estafetas)”, entre otras labores, forman parte de la “logística” de las fuerzas armadas en conflicto, esa clasificación sobra, pues el conflicto tiene 3 situaciones: las hostilidades, las acciones armadas y la tregua. Los combatientes y no combatientes, pero que formen parte de los ejércitos en guerra, tienen obligaciones y tareas específicas, según se trate de cada fase del conflicto.

No es exacto, como se afirma en el proyecto, que las incluidas para modificar el texto actual del artículo 162, “sean categorías propias de la ONU”, pues el **derecho de la guerra** que viene dado por instrumentos internacionales tan antiguos como la “Declaración de San Petersburgo” (1868) aprobada con el objeto que prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra; el “Reglamento relativo a las leyes y costumbre de la guerra terrestre” (1907) que trata, por ejemplo, “de las personas que siguen a un ejército sin formar parte directa de

él, como corresponsales, revisteros de periódicos, vivanderos, y proveedores” quienes, si son aprehendidos por el ejército contrario, tienen derecho al trato de prisioneros de guerra siempre que “vayan provistos de un comprobante de la autoridad militar del Ejército que acompañaban”, son muy anteriores a la creación de la ONU, lo que ya sabemos que ocurrió el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (California, Estados Unidos) al finalizar la segunda guerra mundial, reuniendo 51 países.

Una última aclaración, con la cual nos apartamos del Proyecto de ley número 043, es que el “conflicto armado interno” al que se refieren las normas sobre “personas protegidas por el DIH”, no puede darse sino entre dos clases de fuerzas armadas: una regular y otra irregular; y no, como dice el proyecto “cualquier clase de grupo armado”, pues la idea de “cualquier grupo armado por fuera de la ley” no entra en las categorías del DIH ni de las Normas de la Guerra, y por eso y para eso, están, el tipo creado por la Ley 1453 de 2011 que penaliza “el uso de menores con fines delictivos con penas de 10 a 20 años de prisión” y las demás normas del Código Penal.

Aceptamos el incremento propuesto en el Proyecto de ley número 043, pero quedando el tipo penal con la redacción actual, por las razones expuestas

7. Para terminar diremos que el Proyecto de ley número 043 en síntesis, incrementa no solamente la pena principal física para los artículos 135, 136, 137, 141, 146 y 162, –como lo vimos en cada uno de los párrafos anteriores– sino también la pena principal pecuniaria y algunas de las accesorias; proponemos que simplemente se agregue un artículo mediante el cual, se consagre la agravante para estos tipos penales, **en la mitad**, cuando se trate de niños víctimas del conflicto.

7.4 Proyecto de ley número 44 de 2011 Senado

Consta de un solo artículo, que modifica el **artículo 83 del Código Penal**, cuyos incisos 2° y 3° habían sido previamente modificados así:

- El 2° inciso, modificado por el artículo 1° de la Ley 1426 de 2010, relacionado con los delitos de *genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de Derechos Humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado* que elevó la prescripción a 30 años;

- El 3° inciso, adicionado por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007, que estableció en 20 años la prescripción para los delitos contra *la libertad, integridad y formación sexuales, y el delito de incesto* descrito en el artículo 237 del Código Penal (actualmente demandado ante la Corte Constitucional), cuando *la víctima sea un menor de edad, prescripción que empieza a contarse cuando el menor llega a su mayoría de edad*.

Con el nuevo proyecto se propone modificar de nuevo el inciso 2° para declarar la **imprescriptibilidad** de los delitos de genocidio, crímenes de lesa

humanidad u **otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de personas protegidas**.

Consideramos razonable esta medida y así se aceptará, toda vez que Colombia es Estado Parte del “Estatuto de Roma”, instrumento internacional que consagra la **imprescriptibilidad** de estos, que en ese instrumento son considerados los “crímenes que conmueven la conciencia de la humanidad”; sin embargo, consideramos que el **principio de favorabilidad** constitucionalmente consagrado, impide que tal medida se aplique en forma retroactiva, por tratarse de una ley “restrictiva y desfavorable”. Estimamos además, que en virtud del **principio pro homine**, aplicable a la interpretación de los tratados en cuanto hace a derechos fundamentales del individuo, también debe operar aquí.

El principio pro homine, es, según la Profesora MÓNICA PINTO:

“(…) un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o [a] su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, **estar siempre a favor del hombre**”¹⁴.

Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actuando como órgano consultivo, ha prohibido también el *principio pro homine* en diferentes pronunciamientos, como el que insertamos a continuación.

“Tanto la Convención Americana como la Convención Internacional, contienen normas que establecen la prevalencia de cualquier otro instrumento normativo, ya sea nacional o internacional que vincule al Estado, que contenga normas que impliquen un mayor reconocimiento de derechos, o una menor restricción de ellos. Este principio, conocido como **pro homine, obliga al Estado a aplicar la norma que sea más favorable al reconocimiento de los derechos del individuo**”¹⁵.

De hecho, para los casos anteriores de crímenes como los que aquí se tornan imprescriptibles por efectos de la presente ley, sigue operando la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, que juzgado

¹⁴ PINTO, MÓNICA, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” [on line]. Archivo electrónico en la página del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – Oficina en Venezuela. Disponible en la World Wide Web: <http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm>, 2005.

¹⁵ OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/VII.110. doc. 52. 9 marzo 2001, original: español, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, capítulo VII, Derechos de la niñez. Esto se dijo a propósito del reclutamiento de menores de 18 años para el servicio militar en Paraguay.

SUJETOS y no ESTADOS, como las restantes Cortes Internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Derechos Humanos, que se ocupan de la responsabilidad en la garantía y custodia de los Derechos Humanos como obligación de los Estados.

8. Perspectiva de los incrementos punitivos desde el procedimiento penal (Ley 906 de 2004)

A propósito de la calidad y cantidad de las penas dispuestas legislativamente, o del aumento de las mismas, vale la pena recordar que el tratadista alemán CLAUS ROXIN aduce:

“... esto no quiere decir que la teoría de la prevención general no sea importante. Incluso todavía hoy puede ser eficaz, si se hace en ella una pequeña variación que tenga en cuenta que mucha mayor eficacia intimidatoria tiene la intensidad de la persecución penal que la prohibición legal; cuanto mayor es la cuota de los delitos descubiertos y condenados, tanto más eficaz será la prevención de la comisión de otros delitos en el futuro...”¹⁶.

Vale la pena otro matiz a la postura de ROXIN, en el sentido de que la mayor eficacia de la persecución penal puede buscarse por medio de otros mecanismos que incentivan el acuerdo de responsabilidad y la negociación de penas, o la aplicación del principio de oportunidad, de tal manera que la eficacia intimidatoria de la ampliación legislativa de penas se advierta en el estímulo a esos preacuerdos, negociaciones o colaboraciones.

Es frecuente escuchar de los estudiosos del derecho penal, de los operadores judiciales y de los abogados litigantes, como parte las críticas al sistema acusatorio actualmente vigente en Colombia (Ley 906 de 2004), que no se están usando las formas de hacer más efectiva la justicia (preacuerdos, principio de oportunidad), en tanto es más pronta y con menos desgaste del aparato judicial. Y como complemento de esas críticas, se dice que los incrementos punitivos están dejándole al Fiscal **un margen cada vez más estrecho** para negociar con el sujeto activo de la acción penal.

Eso sin contar con las dificultades objetivas que los movimientos de los márgenes punitivos de las diferentes conductas delictuales genera en los operadores judiciales, sobre todo en lo que se relaciona con los mínimos, al hacer que los cálculos de las penas y la aplicación de los subrogados penales se hagan más difíciles –o que incluso, no operen, por razón del principio de favorabilidad, que obliga en todo caso, a preferir la ley más favorable frente a la restrictiva o desfavorable, aun cuando sea posterior–.

La conclusión entonces, no podrá ser diferente a afirmar que los incrementos punitivos asistemáticos le hacen flaco favor a la justicia colombiana.

9. Una posibilidad política

Para concluir, queremos poner sobre el tapete la posibilidad de que el Estado colombiano, por inter-

medio del Gobierno Nacional quisiera implementar a futuro un eventual proceso de paz con los actores del conflicto armado interno, caso en el cual, la gravedad de las penas incidirá, a no dudarlo, en la mayor o menor dificultad en las negociaciones que puedan adelantarse.

Así, no solo por mandarlo el **principio de humanidad** –los principios de favorabilidad, pro homine, etc., obedecen a este principio madre–, sino por la posibilidad de que quede una puerta abierta frente a un hipotético escenario para la negociación del fin de la guerra, debe pensarse en que los aumentos de penas deben ser morigerados por la prudencia y por una visión política a futuro, sin que ello contravenga ni los compromisos internacionales de Colombia, ni el derecho interno, que una vez consolidado no paga modificar por el mensaje equívoco que puede transmitir a los destinatarios de la norma, que son todos los habitantes del territorio nacional.

De conformidad con las consideraciones anteriores, solicito con todo respeto dese primer debate al **Proyecto de ley número 33 de 2011 Senado por la cual se adiciona la Ley 599 de 2000 o Código Penal**, acumulado con los Proyectos de ley número 03 de 2011 Senado, número 43 de 2011 Senado, número 44 de 2011 Senado y número 130 de 2011 Senado de acuerdo con el pliego de modificaciones adjunto.

Atentamente,

Parmenio Cuéllar Bastidas,
Senador de la República.

PLIEGO DE MODIFICACIONES AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 33 DE 2011 SENADO

por la cual se adiciona la Ley 599 de 2000
o Código Penal.

ACUMULADO CON LOS PROYECTOS DE LEY NÚMERO 03 DE 2011 SENADO, NÚMERO 43 DE 2011 SENADO, NÚMERO 44 DE 2011 SENADO Y NÚMERO 130 DE 2011 SENADO

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. Modifíquese el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 83. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

No prescribirán las conductas punibles de genocidio, crímenes de lesa humanidad u otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de personas protegidas, conforme a la descripción de los artículos 6º, 7º y 8º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por la Ley 742 de 2002.

¹⁶ ROXIN, CLAUS. “Iniciación al Derecho Penal de Hoy”, Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, pág. 39.

En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.

Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.

En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.

Parágrafo. La imprescriptibilidad de que trata el inciso segundo de este artículo operará para los delitos cometidos a partir de la expedición de esta ley.

Artículo 2º. Modifíquese el artículo 118 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 118. Parto o aborto preterintencional. Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Si la lesión de la que trata el inciso anterior fuera causada en niña o adolescente, las penas imponibles se aumentarán de las dos terceras a las tres cuartas partes.

Artículo 3º. Modifíquese el artículo 119 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 119. Circunstancias de agravación punitiva. Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concorra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en menores de dieciocho (18) años o en persona adulta mayor desvalida, las respectivas penas se aumentarán en el doble.

Cuando el sujeto activo de las conductas anteriormente descritas sean los padres, representantes legales o cualquier otra persona encargada de la crianza, cuidado, educación o custodia del menor, los criterios modificadores de la pena se moverán dentro del cuarto superior.

Artículo 4º. Modifíquese el artículo 120 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 120. Lesiones Culposas. El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego se impondrá igualmente la pena de privación del derecho de conducir vehículos automotores y motocicletas

y de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de uno (1) a tres (3) años.

Cuando la conducta culposa sea cometida por los padres, representantes legales o cualquier otra persona encargada de la crianza, cuidado, educación o custodia, incurrirá en la respectiva pena disminuida en la mitad.

Artículo 5º. Modifíquese el artículo 127 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 127. Abandono. El que abandone a un menor o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

El que teniendo el deber, descuide a la persona adulta mayor desvalida, afectando sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación o salud incurrirá en la pena del inciso anterior disminuida hasta en la mitad y multa de 1 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta descrita en el primer inciso se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.

Artículo 6º. Modifíquese el artículo 162 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 162. Reclutamiento ilícito. El que con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 7º. Adiciónese un artículo 164A a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:

Artículo 164A. Circunstancias de agravación punitiva. Cuando las conductas descritas en los artículos 135, 136, 137, 141, 144, 146, 147, 148, 150, 151, 152, 158, 159 y 161 tengan por sujeto pasivo a menor de dieciocho (18) años, las penas se aumentarán en la mitad.

Artículo 8º. Modifíquese el artículo 230 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 230. Maltrato mediante restricción a la libertad física. El que mediante fuerza restrinja la libertad de locomoción a otra persona mayor de edad perteneciente a su grupo familiar o en menor de edad sobre el cual no se ejerza patria potestad, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Parágrafo. Para efectos de lo establecido en el presente artículo se entenderá que el grupo familiar comprende los cónyuges o compañeros permanentes; el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar; los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica, o quienes tengan bajo su responsabilidad el cuidado

o custodia de la persona adulta mayor desvalida. La afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre.

Artículo 9º. *Adiciónese un artículo 230B a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:*

Artículo 230B. Maltrato emocional o psicológico en persona adulta mayor desvalida. El que profiera insultos, burlas o expresiones de rechazo, amenaza de aislamiento, de abandono o institucionalización, o intimide a la persona adulta mayor desvalida, incurrirá en las penas **previstas en el artículo 230.**

Artículo 10. *Adiciónese un artículo 230C a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:*

Artículo 230C. Suministro de medicamentos de prescripción médica. El que suministre medicamento de prescripción médica sin esta a persona adulta mayor desvalida por la fuerza o mediante engaño, incurrirá en las mismas penas previstas en el artículo 230.

Artículo 11. *Adiciónese un artículo 236A a la Ley 599 de 2000, del siguiente tenor:*

Artículo 236A. Malversación y dilapidación de bienes de personas adultas mayores desvalidas. Quien aprovechándose de la persona adulta mayor desvalida, le dé mal uso, explotación o apropiación que le genere daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención de documentos personales, títulos valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta sanción se incrementará hasta en la mitad cuando para la materialización de la conducta el sujeto pasivo haya sido inducido a firmar documentos como testamentos, autorizaciones o equivalentes.

Artículo 12. *Modifíquese el artículo 376 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:*

Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso

personal, introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre sustancias sicotrópicas incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinticuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 13. Vigencia. La presente ley entrará en vigencia 3 meses después de su promulgación, salvo el artículo 12 que entrará a regir el mismo día de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.